## 民法典中债务加入与保证的区分及其规则适用

### 刘保玉 梁远高

摘要:债务加入作为扩大债权受偿机会的增信措施,具有近似于保证的担保功能,但其并不属于典型的担保方式。区分债务加入与保证,应当以措辞的文义优先,辅之以履行顺位、当事人的履行行为、利益关系等因素;存疑时,应推定为保证而非债务加入。《民法典》第552条关于债务加入的规定略显简单,其规则的具体适用须结合保证及连带债务的相关规定予以展开。《民法典》中关于保证人主体资格的限制对债务加入人应予适用,且债务加入协议应满足书面形式的要求;债务加入人享有原债务人对债权人的抗辩权、因加入债务而产生的抗辩权、因债务自身瑕疵而产生的抗辩权等权利。但是,保证的部分规则在债务加入中不能适用,如保证期间、对债务人的追偿权、债权人放弃债务人的物保时保证人责任的当然免除,以及诉讼中的管辖和当事人地位的确认规则等。此外,债务加入与保证、物的担保及差额补足、到期回购、流动性支持等增信措施具有并存、交叉运用的可能,可以参照共同担保或再担保的规则来处理。

关键词:民法典;债务加入;增信措施;(连带责任)保证;类推适用

**DOI**: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.04.011

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第552条新增了债务加入的规定:"第三人与债务人约定加入债务并通知债权人,或者第三人向债权人表示愿意加入债务,债权人未在合理期限内明确拒绝的,债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。"无论从成立方式,还是从法律效果上看,债务加入与(连带责任)保证都颇为近似,二者容易混淆,实践中类案不同判的现象时有发生。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第36条中明确了识别债务加入与保证的基本思路,但尚需结合司法裁判予以细化;相较于《民法典》中的保证规则,债务加入仅仅一条,而实践中长期存在的诸多规则适用问题,如债务加入与保证尤其是连带责任保证具体如何区分,债务加入对保证的规则有无类推适用的空间,二者规则上又存在着何种区别,债务加入与保证等担保方式并存时如何处理,等等,均有待进一步地解释。本文拟就这几个问题略陈管见,期冀对债务加入与保证的区分及规则的准确适用有所助益。

### 一、债务加入与保证的区分

### (一)债务加入与保证的联系与区别

第三人加入他人债务与第三人为他人债务提供保证担保,均扩张了责任财产的范围,增加了债权受偿的机会,二者都发挥着担保的功能,故有观点指出债务加入是"保证的变体"<sup>①</sup>。但是,债务加入

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目重点课题"民法典编纂中担保法的制度整合与规则完善"(17SFB1007);中国政法大学科研创新项目(中央高校基本科研业务费专项资金项目)"民法典视角下担保期间及其与诉讼时效的衔接适用研究"(20ZFG82007)。

作者简介: 刘保玉,中国政法大学法律硕士学院教授,博士生导师。1985 年、2004 年于山东大学法学院获得学士、博士学位,1988 年至 2007 年任教于山东大学法学院,从助教成长为教授、博士生导师,曾任山东大学法学院副院长、山东省法学会民商法学研究会会长(北京 100088; Liu-baoyu@163.com);梁远高,中国政法大学民商经济法学院博士研究生(北京 100088; 1075024959@qq,com)。

① Jan Dirk Harke, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg, Springer, 2010, Rn. 485, S.477.

与保证也存在着区别:其一,是否具有依附性(从属性)不同。债务加入中,其成立时具有从属性,但是成立之后,即作为独立的债务而存在,原债务人债务之变动,如非基于加入时已存在的原因,对债务加入人的债务原则上并无影响①;而保证债务具有很强的依附性,其产生、移转及消灭原则上均与主债务同其命运。其二,主合同无效时的当事人承担的责任不同。在主合同无效时,债务加入的合同无效,债务加入人与债务人一般都应当承担缔约过失责任;而保证中,保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。其三,行使期间的限制不同。债务加入中,债权人对债务加入人行使债权请求权没有行使期间限制,只有诉讼时效的约束;而债权人对保证人行使请求权则要受保证期间的限制。其四,成立的方式不同。债务加入可以由债务加入人与债权人及债务人缔约、债务加入人与债权人缔约、债务加入人与债权人分债务人缔约以及债务加入人单方允诺四种类型成立,各种类型的债务加入在成立要件上并不相同;而保证一般是由保证人与债权人,或者保证人与债权人、债务人之间订立保证合同即可成立。其五,责任形态不同。根据《民法典》的规定,债务加入人对债务的履行负连带责任;而保证担保中,保证人对债务的履行以负补充责任为原则,以负连带责任为例外(在保证合同明确约定保证方式为连带责任保证的情况下)。由以上区别可知债务加入人的责任明显重于(连带责任)保证。

### (二)债务加入与保证区分的具体思路

根据《担保制度解释》第 36 条第 2、3 款的规定,第三人向债权人提供的承诺文件,具有加入债务或者与债务人共同承担债务等意思表示的,人民法院应当认定为《民法典》第 252 条规定的债务加入;第三人提供的承诺文件难以确定是保证还是债务加入的,人民法院应当将其认定为保证。这一识别债务加入与保证的基本思路,值得肯定。但面对实践中纷繁复杂的情况,对债务加入与保证的区分规则还需进一步加以细化。对此,我们提出以下思路;

#### 1.措辞的文义优先

第一,若当事人之间的协议中有"保证""保证人""保证期间"以及"担保"等字样的,或者能够明确推知其具有提供保证意思的,按保证对待。如某案中《补充协议》明确约定邹城投资公司同意为华泰金源公司的案涉债务承担连带责任保证,法院以此为由认定连带责任保证成立,否定了债权人提出的邹城投资公司为债务加入人的主张②。再如某案涉及的承诺书中约定"我行承诺借款本息到期由我行负责全部回收,若因到期无法归还而造成的一切责任由我行承担"。一审法院片面地将考察要点集中在"一切责任"字眼上,认为其应理解为偿还债务,故认定为债务加入。二审法院则认为,案涉银行承担责任的前提是债务人到期无法归还本息,更符合一般保证的法律特征③。

实践中,在把握措辞文义时应注意两种情况:其一,不能仅拘泥于某些措辞的字面意思,而应结合语境考察当事人的真意。例如,第三人承诺"加入……债务,以保证……债务的清偿"或"为保证……债务的清偿,第三人加入该债务……"之类的表述,其中"保证"应当理解为"保障",而非担保意义上的保证。其二,虽无保证字样,但符合保证的实质含义的,仍应按保证对待。如有些承诺文件中的"债务人到期无法归还(偿还、清偿),则由……承担(偿还、负责、还款、代付)",是常见的一般保证的不规范表述,其含义与债务加入有明显的差异。还应提及的是,某些当事人为了规避公司对外担保的法律限制等原因未采用保证,而是采用具有差额补足、到期或附条件回购等内容的增信措施,此种具有担保功能的增信措施,既非债务加入,亦非保证,实质上是保证的变形,应当按照非典型保证来对待。

第二,若协议中出现"债务加入人""作为共同借款(债务)人,加入……",以及"连带清偿""共同偿

① 郑玉波:《民法债编总论》(修订二版),陈荣隆修订,北京:中国政法大学出版社,2004年,第431-454页。

② 参见最高人民法院(2019)最高法民申5573号民事裁定书。

③ 参见江苏省南通市如东县人民法院(2016)苏 0623 民初 2417 号民事判决书、江苏省南通市中级人民法院(2016)苏 06 民终 3802 号民事判决书。

④ 刘保玉、梁远高:《"增信措施"的担保定性及公司对外担保规则的适用》,《法学论坛》2021年第2期。

还""承担连带责任"等表述①,或者具有明显的加入债务意思的②,一般认定为债务加入。如果根据措辞仍不能准确判定是否为债务加入时,可以债务加入人所加入的债务与原债务有无主从关系作为辅助判断条件,若无,则可以确认为债务加入③。通常情况下,若协议中明确约定了付款金额、付款时间等信息,则表明该债务独立于原债务④。也有的判决中根据第三人对加入的债务具有一定利益来认定债务加入⑤,我们认为这一认识是值得商榷的。保证和债务加入的原理及法律规定中,并未将有偿或无偿等作为其成立要件或识别要素。实践中,第三人提供保证担保或加入债务均会有不同程度的利益考量,其都可能是无偿或有偿的,还可能是第三人与债务人之间存在债权债务关系、合作关系、关联公司关系等,但不论何种原因,均不影响债务加入的成立⑥。故此,债务加入人与债务人有无利益关系,只宜作为综合考量的因素,而非必要的或独立支撑的要素⑦。不能以利益之有无、轻重作为主要识别点。与此相关的是,数个有特定身份关系的人(如父母、子女、配偶等)负有同等履行义务的,不宜轻易认定为债务加入或保证,因为其极有可能原本即是共同债务人。

除前述具有比较明显的债务加入意味的措辞外,实践中还有的以"代替履行""由本人解决""由我方负责支付"等表述来体现债务加入意思<sup>®</sup>。商事交易中,为了简捷高效,还出现有第三人以确认商业往来对账函等形式加入债务的情况<sup>®</sup>,对此须着重把握"加入债务的意思"这一核心要件;若第三人未以明确的方式体现债务加入意思的,则不能认定为债务加入<sup>®</sup>。第三人受债务人委托向债权人付款,亦不构成债务加入,而是履行承担<sup>®</sup>。实践中债务加入与履行承担较为近似,判断的关键点在于债权人对第三人是否具有独立的请求权,若有,则为债务加入;若无,则为履行承担。

还需注意的是,"共同借款(债务)人"之表述,存在着认定为债务加入或者共同债务人的两种可能,两种认定结果会导致规则适用及责任形态的迥异。如在"广西盛丰建设集团有限公司与广西盛丰建设集团有限公司梧州分公司民间借贷纠纷案"中,案涉《借款合同》中董小权作为贷款方,吴地生与盛丰公司下设的盛丰梧州分公司作为借款方,盛丰梧州分公司在"借款方"处加盖了公章,且吴地生在"负责人"处签名并按指印。盛丰公司、盛丰梧州分公司主张应适用 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254 号)(以下简称《九民纪要》)第 23 条关于债务加入的规定,最终二审法院认为本案情形不满足《九民纪要》第 23 条债务加入的条件,盛丰梧州分公司并非债务加入人而是共同借款人,判定盛丰公司、盛丰梧州分公司、吴地生共同承担还款责任⑫。本案中,若构成债务加入,则存在着公司加入他人债务效力判定问题。因此,在能够清晰地判断出一方的数个当事人之间是共同债务人关系时,则不能认定为债务加入。但是,共同债务人的认定,必须有明确的共同承担债务的意思

① 参见最高人民法院(2019)最高法民申5503 号民事裁定书、最高人民法院(2018)最高法民申3946 号民事裁定书、最高人民法院(2017)最高法民申243 号民事裁定书、最高人民法院(2003)民二终字第172 号民事判决书、最高人民法院(2014)民二终字第138 号民事判决书、最高人民法院(2014)民抗字第84 号民事判决书;江苏省宿迁市中级人民法院(2015)宿中商初字第00035 号民事判决书。

② 参见江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡民终字第 3043 号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2016)最高法民再 322 号民事判决书。

④ 参见最高人民法院(2019)最高法民再316号民事判决书。

⑤ 参见最高人民法院(2019)最高法民申5314号民事裁定书。

⑥ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2015)锡民终字第 3043 号民事判决书。

⑦ 参见最高人民法院(2019)最高法民终 341 号民事判决书。

⑧ 参见苏州市中级人民法院(2016)苏 05 民终 5318 号民事判决书、成都市中级人民法院(2018)川 01 民终 4278 号民事判决书、最高人民法院(2017)民终 940 号民事判决书。

⑨ 参见江苏省常州市中级人民法院(2017)苏 04 民终 1617 号民事判决书。

⑩ 参见山东省高级人民法院(2014)鲁民终字第 322 号民事判决书。

⑩ 参见江苏省南京市中级人民法院(2016)苏 01 民终 7843 号民事判决书。

⑩ 参见最高人民法院(2020)最高法民终 93 号民事判决书。

表示,仅在借据、承诺函的空白处签字的,并不能当然地依此认定为共同债务人①。

第三,既有"保证"意味的字样,也有"债务加入"意味的字样的,应当以表意更直接的字样来判定债务承诺的性质。例如,某案当事人之间签订的《五方协议》中既明确了中天宏业公司承担的是连带责任保证,又约定"若截至 2012 年 2 月 11 日,股东贷款中有任何应付未付余额尚未被偿付,中天宏业……应当就该等余额的偿付承担连带责任"的内容。法院认为,协议中虽然提及"承担连带责任",但该用语在无其他特别说明或约定的情况下,应作为"连带责任保证"来理解,如此,更符合合同文本前后用语含义的一致性与延续性,更贴切当事人签约时的真实意思②。再如某《责任人确认书》中载明"本人对此笔借款承担第一责任。如借款发生不良,由本人负责赔偿",其中"第一责任"的表述并不能得出加入债务的结论,而是保证人对其承担连带责任保证的履行顺位的进一步确认③。可能具有迷惑性的是有些协议、承诺文件中"造成一切责任由我方承担"的措辞,此时须注意是否有前提条件,若并无履行顺位之安排或条件的,则应当认定为债务加入。

#### 2.存疑时推定为保证

若根据措辞不能直接判定是债务加入还是保证,依照合同解释的方法仍不能作出有说服力的解释,则应当按照保证对待;进而言之,措辞不明导致定性存疑的情况下,有关协议或承诺文件中当然不会约定其保证方式,故依法应按第三人享有后顺位利益的一般保证对待。理由在于:其一,按照《民法典》第686条第2款"当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任"的立法精神,债务加入人的责任相较于保证责任更重,做有利于第三人的推定更符合立法精神④。其二,担保制度的定位依旧为保障债权的实现,债权人利益保护处于优位;而在存疑之际推定为保证,第三人在保证期间、追偿权等方面受有利益,能够较好地平衡当事人之间的利益。若存疑之际推定为债务加入,那么关于保证人利益保护的特殊规则几无适用空间,在利益衡量上有失允当,也会为规避法律留下机会。其三,原《担保法》(已废止)于保证方式不明时推定为连带责任保证的规则,在价值取向上对社会实践的导向作用是,债权人在经济活动中热衷于寻找一个愿意完全承担风险的担保人,而忽视对债务人的清偿能力、信用的审查,在指导思想上将担保人作为风险的转移对象⑤,这与担保分散风险的价值理念不相吻合。《民法典》第686条第2款的规定和《担保制度解释》第36条第3款关于"前两款中第三人提供的承诺文件难以确定是保证还是债务加入的,人民法院应当将其认定为保证"的规定,纠正了既往的推定思路,值得肯定。

### 二、债务加入对部分保证规则的类推适用

《民法典》中有关保证的规则尤其是保证人权利保护的规则,在债务加入中有无适用空间以及有多大的适用空间,理论和实务上不无疑问。有学者认为保证规则不能类推适用于债务加入⑥;而司法实践中则多持可以适用的观点,但存在"适用""准用""参照适用""类推适用"等多种不同的提法⑦。

① 参见最高人民法院(2020)最高法民申 763 号民事裁定书。

② 参见最高人民法院(2019)最高法民终 1178 号民事判决书。

③ 参见最高人民法院(2020)最高法民申 763 号民事裁定书。

④ 刘贵祥:《民法典关于担保的几个重大问题》,《法律适用》2021年第1期。

⑤ 曹士兵:《中国担保制度与担保方法》第三版,北京:中国法制出版社,2014年,第11页。

⑥ 朱奕奕:《并存的债务承担中债务移转问题之分析》,《月旦民商法杂志》2016 年第 51 期。

② 参见最高人民法院(2016)最高法民再 322 号民事判决书、江苏省无锡市中级人民法院(2020)苏 02 民终 658 号民事判决书、江苏省淮安市中级人民法院(2019)08 民终 2562 号民事判决书、浙江省杭州市(2016)浙 01 民终 4693 号民事判决书、湖北省武汉市中级人民法院(2020)鄂 01 民终 5615 号民事判决书、浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 号民终 4316 号民事判决书、江苏省淮安市中级人民法院(2018)苏 08 民终 2930 号民事判决书、吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2017)吉 24 民终 702 号民事判决书。

《担保制度解释》第 12 条明确了公司加入他人债务参照适用公司对外担保的规则。但就其他规则付之阙如。我们认为,在以下两个方面,债务加入对保证合同的规则有类推适用的空间:

(一)债务加入对保证人的主体资格限制及书面合同形式要求的类推适用

第一,《民法典》第 683 条关于保证人主体资格的限制对债务加入人应予适用。保证人应当是具有代为清偿债务能力的自然人、法人或其他组织,但是并非所有具有代为清偿能力的法人或其他组织均可担任保证人。《民法典》第 683 条对保证人的主体资格作出了限制,《担保制度解释》第 5、6 条对其作了进一步的细化。其原因在于机关法人等非以营利为目的的法人以及以公益为目的的非营利法人、非法人组织并不是市场上的主体,不适合作为保证人①。而第三人加入他人债务,客观上也发挥着担保的作用,故此,应通过目的性扩张的解释方法,将债务加入人作为"非典型保证人"来认识,并为"保证人"的概念所涵涉,即法律上关于保证人主体资格的限制规定应类推适用于债务加入人。否则,将会为当事人变相利用债务加入而规避保证人的资格限制提供机会。

第二,保证合同的书面形式要求,应类推适用于债务加入。《民法典》第 685 条规定:"保证合同可以是单独订立的书面合同,也可以是主债权债务合同中的保证条款。""第三人单方以书面形式向债权人作出保证,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。"而第 552 条关于债务加入是否须采用书面形式,法律并未作出明确规定。我们认为,就权利义务的构造来看,债务加入同样涉及三方当事人的利益,尤其是涉及债务加入人财产责任的承担,且债务加入人的责任较之保证人更重,而法律对同类行为应用同样的规则,另根据"举轻明重"的法律解释规则,债务加入同样应当以书面形式为要件。

(二)债务加入人的抗辩权及其对保证人抗辩权规定的类推适用

首先,原债务人对债权人享有的抗辩权,债务加入人也应当享有。因为"债务加入人"属于《民法典》第553条中的"新债务人",其当然可以主张原债务人对债权人的抗辩权。

其次,债务加入人同样享有因加入债务而产生的抗辩权,具体包括债务扩张、缩减及免除而发生的抗辩权。债权人与债务人约定扩张债务的,债务加入人的债务不随之扩张;债权人与债务人约定缩减债务的,债务加入人的债务随之缩减;债权人免除或者部分免除债务人债务的,债务加入人的债务也相应地免除。理由为:就债务扩张情形而言,类推保证中"应取得保证人同意;若未同意,保证人就加重部分不承担责任"的规则处理较为合理。就缩减情形而言,由于连带债务具有涉他效力,债权人缩减债务人的债务份额,对其他债务人也当然发生效力;再者,若原债务人的债务缩减而债务加入人的债务不随之缩减,债务加入人就未缩减部分作为的给付会发生向债务人追偿不能的不合理结果。就免除的情形而言,我国《民法典》第520条第2款规定了"部分连带债务人的债务被债权人免除的,在该连带债务人应当承担的份额范围内,其他债务人对债权人的债务消灭"。这一新增规定,与通行立法例和学界多数观点所主张的"债权人的免除,通常都带有免除连带债务人之一所承担份额的意思,至少就该被免除的份额而言,对其他连带债务人也产生效力"具有一致性②。因此,若债权人免除或部分免除债务人的债务,作为连带债务人的债务加入人当然亦得主张免除。在此问题上,同为第三人的债务加入人与保证人具有规则上的一致性。

再次,债务加入人是否享有因债务自身瑕疵而产生的抗辩权,应当区分债务加入的类型和债务瑕疵的原因而分别对待。所谓债务自身瑕疵产生的抗辩权,主要指原债务具有撤销、解除、无效事由而产生的抗辩权。根据法律规定的精神,债务自身存在无效事由的,债务加入人当然可以主张。但债务本身存在撤销或解除事由的,债务加入人得否主张撤销或解除,应区分债务加入的类型作不同对待。我们主张,经过三方协议或者债务加入人与债务人协议加入债务的情形,债务加入人应当享有此种抗

① 黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,北京:法律出版社,2020年,第1302页。

② 周江洪:《连带债务涉他效力规则的源流与立法选择》,《法商研究》2019年第3期;蔡睿:《民法典中连带债务人之一人事项所生效力的制度设计》,《河北法学》2018年第12期。

辩权;而债务加入人单方允诺或债务加入人与债权人协议加入的,并不当然享有债务人的此种抗辩权,否则就会因第三人加入债务而不当地影响到原当事人之间的权利义务关系。并且,若债务加入人动辄主张撤销权、解除权,则会使原债务关系归于消灭,不利于交易安全,亦有悖于债务加入的目的。

此外,关于债务加入人的抗辩权尚有以下两个问题值得讨论:

其一,第三人加入债务后,债权人未经债务加入人书面同意而许可债务人转让债务的,债务加入人可否以此抗辩?《民法典》第 391 条和 697 条第 1 款均规定了在第三人提供担保的情况下,未经担保人书面同意,债权人允许债务人转移全部或者部分债务的,担保人不再承担相应的担保责任。这一规定的立法精神是为了平衡债权人、债务人和担保人的利益,防止债务人擅自转让债务而给担保人带来追偿的风险①。那么,在债务加入中是否应适用同样的规则? 我们认为,与第三人担保有所不同的是,债务加入人并不当然享有对债务人的追偿权,故此,应当区分债务加入人对债务人有无追偿权而分别对待:若债务加入人与债务人约定了追偿权,债权人未经债务加入人书面同意而许可债务人转让债务的,这一行为对债务加入人的追偿利益当然是有影响的,故债务加入人有权参照上述规定而主张不再承担相应责任;若二者未约定追偿权,则债权人许可债务人转让债务的行为对债务加入人的利益并无影响,故债务加入人不得以此抗辩,仍应承担相应的责任。

其二,债务加入人能否援引债务人的时效抗辩权?尤其是在加入已过诉讼时效的债务后,债务加 人人能否再提出时效已过的抗辩? 首先需要明确的是,债务加入人加入债务时,若债务人的债务履行 期尚未届至,则债务加入人与债务人履行债务的时效期间应同步进行计算。若债务人的债务履行期 已经届至而开始起算诉讼时效期间,则债务加入的诉讼时效起算点应结合债务加入的类型分别予以 考虑:第一种情况,三方协议加入或债务加入人与债务人协议加入的,视为当事人对债务的重新确认, 诉讼时效均应重新计算。第二种情况,债务加入人单方允诺或与债权人协议加入的,由于此类情况下 债务人并未参与,若自第三人加入债务时计算,恐将会使债务人的诉讼时效期间因此而加长,陷其于 不利之境地,殊为不妥:若债务人的时效期间不变,而债务加入人债务的时效刚开始计算,则可能面临 日后追偿不能的问题。故此类情况下债务加入人的诉讼时效期间采用与原债务人的诉讼时效同步计 算的方案,较为妥当。对于债务加入人得否行使债务人的时效已过抗辩权的问题,有学者认为,如债 务承担协议只是由债权人与债务加入人签订,债务加入人可行使原债务人的诉讼时效抗辩权;如果债 务承担协议系由债权人、债务加入人、原债务人三方签订,则债务加入人不能行使原债务人的诉讼时 效抗辩权②。本文认同其观点,因为在债务加入人单方允诺或与债权人缔约加入债务时,债务人并未 对超过诉讼时效的债务再次承认,已经超过诉讼时效的自然之债不能因此而转化为法定之债,债务人 的诉讼时效抗辩权依然存在,债务加入人可以援引此抗辩权以对抗债权人。在债务加入人与债权人、 债务人之间缔约加入债务时,此时构成对超过诉讼时效的债务的重新承认,则债务人的诉讼时效抗辩 权消灭,债务加入人自不得再援引时效抗辩权对抗债权人。

### 三、债务加入与保证在规则适用上的区别

(一)保证期间或类似的"权利行使期间"不应适用于债务加入

如前所述,若第三人承担他人债务的协议中直接约定了"保证期间"的,则应将其直接归入保证;至于法定的保证期间规定,也不适用于债务加入。因为保证期间源于保证关系的补充性和单务性,是保证制度中维护保证人利益的特有规则设计,其目的是为了督促债权人及时行使权利,防止保证人的责任承担及对债务人的追偿权无限期地陷于不确定的风险之中,从而实现债权人与保证人之间利益

① 黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,第697、1321页。

② 向玗:《债务加入法律实务问题研究——最高人民法院裁判规则总结》,《人民司法(案例)》2018 年第 18 期。

的平衡。而在债务加入中,如果类推适用法定保证期间的规定,则会给债务加入人以不当的优待,对债权人则有失公平,因为在当事人并无约定的情况下使债权人对债务加入人的权利适用法定六个月的保证期间限制,完全出乎当事人的意料,极易导致债权人失权的后果。

如果债务加入协议中未使用"保证期间"字样,而是约定了债权人对债务人、债务加入人的权利行使期间的,如何对待?我们认为,该约定应属无效。原因在于,债务加入只有诉讼时效的适用问题,而不存在保证期间问题;当事人的这种约定相当于对法定诉讼时效期间的变更(无论是缩短还是加长),变相地改变了诉讼时效的强制性规定,违背了《民法典》第197条"诉讼时效法定"规则。

有争议的是,根据《担保制度解释》第 36 条的规定,在将第三人出具的有提供担保意思的增信措施按照保证对待,以及第三人提供的承诺文件难以确定是保证还是债务加入而将其认定为保证的情况下,是否适用法定保证期间的规定?在该司法解释的起草过程中,曾有不适用保证期间规定的明文。但在讨论中由于对此问题存在不同认识,后来将此内容删除而作了"留白"处理。基于前述的同样理由,我们主张在处理对此类情况时所应依照的保证的"有关规定"中,不应包括保证期间的规定。

### (二)债务加入人并不享有清偿债务后对债务人的法定追偿权

关于债务加入人清偿债务后是否享有对债务人追偿权的问题,不乏肯定的观点,其中最主要的理由是类推适用保证人的追偿权①。《民法典》第552条对债务加入人的追偿权问题未具明文,解释上会存在肯定与否定的观点;肯定者,又存在不同的请求权基础。对此问题,可区分情形讨论:其一,若债务加入人与债务人在债务加入协议中约定了追偿权,则债务加入人在清偿债务后当然可以向债务人追偿。此乃"遵从约定""合同是当事人之间的法律"之基本法理使然。其二,当事人之间未约定追偿权时,如何对待?债务加入中未明确追偿权的,有两种情况:一是在债务加入人与债务人的两方协议或者债务加入人与债权人、债务人的三方协议中未约定追偿权问题;二是债务加入人与债权人缔结的债务加入协议或者债务加入人单方允诺而成立的债务加入,此时不涉及债务人的意思,自无约定可言。债务加入人有无追偿权的问题,不仅关涉债务加入人和债务人的利益,实践中,由于债务加入人可能会因为追偿问题而主张意思表示瑕疵并撤销债务加入的意思表示或已经履行的结果,故其还可能危及到债权人的利益②。因而,在当事人未约定追偿权时,债务加入人能否向债务人追偿,亟待明确。

本文认为,当事人之间若无约定,则债务加入人不享有法定的追偿权。理由如下:

首先,将债务加入人的债务认定为不真正连带债务的观点③,虽然能够为追偿权寻求支撑,但是不宜将《民法典》第552条中的"连带债务"解释为"不真正连带债务"。通说认为,连带债务中的债务具有同一层次或者同一位阶<sup>④</sup>。在具备连带债务的一般要件,但不符合义务同一层次要求的情况下,学说上称其为不真正连带债务⑤。债务加入的发生虽然取决于既存的原债务,但它并不如(一般)保证债务具有次位性,而是具有同位次性,两个债务原则上命运各自独立,这正好体现了连带债务的特征⑥。再从不真正连带债务的核心点来看,不真正连带债务的责任由最终责任人全部承担,已经先行承担了赔偿责任的非最终责任人,有权向最终责任人追偿②。在外部层面,不真正连带债务与连带债

① 向玗:《债务加入法律实务问题研究——最高人民法院裁判规则总结》,《人民司法(案例)》2018 年第 18 期。

② 向玗:《债务加入法律实务问题研究——最高人民法院裁判规则总结》,《人民司法(案例)》2018 年第 18 期。

③ 我妻荣:《我妻荣民法讲义》 — 新订债法总论》,王燚译,北京:中国法制出版社,2008年,第509页;孙森焱:《民法债编各论》下册,北京:法律出版社,2006年,第815页;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》,北京:中国人民大学出版社,2003年,第514-515页;邱聪智:《新订民法债编通则》下册,北京:中国人民大学出版社,2003年,第435页;韩世远:《合同法总论》第三版,北京:法律出版社,2011年,第495页。

<sup>4</sup> Karl Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., § 37 I, C.H.BECK, 1987, S.632.

⑤ 王洪亮:《债法总论》,北京:北京大学出版社,2016年,第501页。

<sup>©</sup> Selb, Walter, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern, Tübingen: Mohr, 1984, S.213.

⑦ 杨立新:《〈民法总则〉民事责任规定之得失与调整》,《比较法研究》2018年第5期。

务都是连带向债权人承担清偿同一债务的义务,且一方的清偿能够使另一方的债务消灭。但是,不能认定原债务人即为最终责任人,因为第三人加入债务通常情况下或多或少具有一定的利益,二者是同一个层面的债务人,无明显区分。在我国《民法典》未引入不真正连带债务的概念及相关规定的情况下,不宜从连带债务解释出不真正连带债务,因为观察连带债务的相关规定,凡是涉及追偿权的,《民法典》均已明文。况且,不真正连带债务在法典化的先进国家业已不复适用①,这一经验值得我国镜鉴。

其次,以不当得利说,无因管理说,尤其是法定债权移转说作为债务加入人的追偿依据,亦值得商榷。第一,债务加入不符合不当得利的构成要件。债务加入是以债务加入协议的成立为前提,并非"没有合法根据"。而且,若将不当得利作为追偿权的依据,会产生一个新的债权,原有债权上的利益(如附有担保)可能丧失,这对清偿债务的债务加入人也有所不利。第二,无因管理说并非合理。其理由正如崔建远教授所言:"承担人代债务人清偿债务之后,他和债务人之间是否形成无因管理关系,取决于这种关系是否符合无因管理的构成要件。实务中,有的承担人为了自己的利益甚至有意坑害债务人,自愿替债务人清偿债务。于此场合,承担人不得依据无因管理主张费用的偿还。"②此外,无因管理中为本人的利益而"管理事务",与债务加入中的"代偿债务"在立法旨趣上也存在着明显差异。第三,法定债权移转说不足以支持债务加入人的追偿权。根据债权法定移转机制,原债权的全部利益,均移转给为清偿的连带债务人③。实际上,保证中也存在着保证人追索权的基础何在的问题,为了解决这一问题,罗马法学家进行了一种"法律上的拟制",将保证人清偿债务的行为视为从债权人处"购买"针对债务人诉权的对价,通过这种"拟制的债权转让",保证人可以代位行使债权人针对债务人的权利④,且该项权利已经法定化。而债务加入人清偿债务,并非完全为债务人利益,与保证人追偿权规则所要实现利益状态的衡平有别,故不可类推保证的该项规则,司法实践中尤其应当注意这点⑤。

最后,从《民法典》第 552 条规定的本意来看,立法者倾向于认为债务加入人不享有法定的追偿权。 这是因为当事人之间有约定追偿权的机会,即便立法未作规定,但也为当事人留下了自由约定的空间。

### (三)债务加入人的责任不因债权人放弃债务人提供的物保而当然地相应免除

根据《民法典》第 392、409 条和《担保制度解释》第 18 条等的规定,同一债权既有保证又有债务人自己提供的物保的,在没有其他约定的情况下,若债权人放弃了债务人提供的物保,则保证人在债权人丧失优先受偿权益的范围内免除相应的担保责任。这一规定的立法精神是在此种情况下债权人应当先就债务人提供的物保实现债权,而保证人和其他担保人享有顺序利益,若债权人放弃债务人提供的物保,则保证人丧失这种后序利益,无异加重了保证责任⑥。此外,《民法典》和《担保制度解释》的上列规定,采行了"债务人提供的物保优先于人保"的理论,也是为了免去保证人日后再向债务人行使追索权的烦琐,减少债权实现的成本和费用⑦。

如前所述,债务加入与上述情况有别,《民法典》第 552 条在债务加入的规则设计上并未赋予债务加入人法定追偿权,这与第 392 条、第 409 条的立法目的不同,自不存在类推适用的前提。故此,即使债权人放弃债务人提供的物保,债务加入人也不能在相应的范围内当然地免责,惟在前述债务加入人

① Josef Esser, Eike Schmidt, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, § 39, Heidelberg; C.F. Müller Verlag, 2000, S.340-355.

② 崔建远:《合同法总论》中卷,北京:中国人民大学出版社,2016年,第534页。

③ 黄立:《民法债编总论》,台北:元照出版公司,2006年,第617页。

④ 陈洁蕾:《保证的罗马法基础与法典化构建》,《比较法研究》2019年第4期。

⑤ 实践中存在较多法院认为第三人可以类推适用保证人的追偿规则对原债务人进行追偿,这一类推适用方式并非妥当。参见四川省夹江县(2020)川 1126 民初 261 号民事判决书、江西省南昌市中级人民法院(2019)赣 01 民终 1092 号民事判决书、山东省东营市东营区人民法院(2018)鲁 0502 民初 1345 号民事判决书、江苏省无锡市梁溪区人民法院(2017)苏 0213 民初 944 号民事判决书。

⑥ 高圣平:《保证合同重点疑点难点问题判解研究》,北京:人民法院出版社,2005 年,第527 页。

⑦ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,北京:法律出版社,2020年,第392,792-793页。

与债务人在债务加入协议中明确约定了追偿权且为债权人所知悉的情况下,债务加入人方得因债权 人放弃债务人提供的物保导致其追偿利益受到损害而主张免除相应的责任。

(四)债务加入与保证在诉讼管辖及当事人地位上存在一定的差异

根据《担保制度解释》第 21 条、第 26 条等的规定,在涉及保证的纠纷案件中,除约定管辖外,债权人一并起诉债务人和保证人的,应当根据主合同债权确定管辖法院;依法可以单独起诉保证人且仅起诉保证人的,根据保证合同确定管辖法院。而在债务加入纠纷案件中,债务人与债务加入人为连带责任且其诉讼地位相同,债权人可以挑选任一债务人所在地的法院作为整个案件的管辖法院。

有争议的是,若债权人与债务人在合同中约定了管辖法院,第三人加入债务的,该管辖约定对债务加入人有无效力?司法实践中存在着截然相反的两种观点:有的判决认为债务加入人应遵照债权人与债务人在合同中约定的管辖条款来确定管辖法院①;有的判决则认为债务加入人无须遵守债权人与债务人的合同中关于管辖的约定②。本文认为,无特殊情形下,主合同中约定的管辖法院对债务加入人仍适用。根据大陆法系国家的经验,债务加入并未发生债务人的变更③,仅仅是数量上增多而已,故其并未将债务加入作为与免责的债务承担并列的制度加以规定,理论上将其置于多数债务人中讨论。我国《民法典》将债务加入规定在"合同的变更和转让"章中,体系上并无瑕疵,只是在理解上不宜狭隘地界定"债务移转"的范畴,即使是债务人数量的增多,亦属于移转的类型之一。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释〔2015〕5号)(以下简称《民事诉讼法解释》)第33条规定,"合同转让的,合同的管辖协议对合同受让人有效,但转让时受让人不知道有管辖协议,或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外"。债务加入属于合同转让的类型之一,故应当适用该条规定,即在无特殊情形下,原合同的管辖协议对债务加入人仍应适用。

关于诉讼中被告的确定问题,由于债务加入人与债务人之间为连带责任关系,不存在债务加入人承担补充责任的情况,因此,债权人仅起诉债务人的,应只列债务人为被告,原因在于债权人仅起诉债务人不影响事后另行对负有连带责任的债务加入人提起诉讼;债权人只起诉债务加入人的,根据《民事诉讼法》的相关规定并参照《民事诉讼法解释》第66条后句的精神<sup>①</sup>,亦同样应尊重其选择,无须也不应当追加债务人作为共同被告。

### 四、债务加入与保证等并存时的处理规则

#### (一)债务加入与保证并存时的责任认定

同一债务,既有第三人加入债务,又有其他人提供保证担保的,应着重考量当事人之间的约定及债务加入与保证成立的先后两个因素来处理。有约定的,依约定;无约定的,如果债务加入成立在先,保证成立在后的,应属于对连带债务人(债务人、债务加入人)的担保。对于保证成立在先,后有债务加入人加入债务的情况,《民法典》第697条第2款规定:"第三人加入债务的,保证人的保证责任不受影响。"依据《民法典》第700条的规定,除当事人另有约定之外,保证人承担保证责任后,仅能向债务人追偿而不能向其他保证人追偿,《担保制度解释》第13条中维持了此一立法精神并有所细化。综合《民法典》的有关规则设计,第697条第2款中的"保证责任不受影响"应当理解为:第一,保证人只对原债务人的债务履行负其责任,与债务加入人是否履行债务无关;第二,一般保证人或连带责任保证

① 参见江苏省高级人民法院(2014)苏商辖终字第 0009 号民事裁定书。

② 参见深圳市福田区人民法院(2014)深福法民二初字第 2937 号民事裁定书。

<sup>3</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München, 2008, § 63, Rn.749, S.368.

④ 该条规定:"因保证合同纠纷提起的诉讼,债权人向保证人和被保证人一并主张权利的,人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告;债权人仅起诉保证人的,除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外,人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼;债权人仅起诉被保证人的,可只列被保证人为被告。"

人承担债务后,也只能向原债务人追偿,而不能向债务加入人追偿。但对保证人或许有益的是,如果债务加入人履行了债务,或者首先被法院强制执行而清偿了债务,其也同样只能向债务人追偿,而不能向保证人追偿;因债务加入人清偿债务而导致债权债务关系消灭的,保证人也能够相应地免责。

债权人向保证人、债务加入人主张权利,有无顺序问题?我们认为,债权人可以任意选择向保证人或债务加入人主张权利。因为就债务加入、保证的规范目的而言,其均增加了责任财产,属于保障债权人债权实现的措施,二者并无优劣、先后顺序可言;若设定先后顺序,则债权人的权利反而会受到不当地限制。但应注意的是,根据《担保制度解释》第26条规定的精神,在一般保证和债务加入并存的情况下,债权人对债务加入人和一般保证人主张权利时,必须将债务人列为共同被告,否则,人民法院应当驳回其对一般保证人的起诉。

此外,债务加入与保证存在着"竞合"的可能,债权人可以自由选择主张保证抑或债务加入之债。例如在"中国第四冶金建设有限责任公司与平安银行股份有限公司广州分行金融借款合同纠纷再审案"中,四冶公司出具的《承诺函》明确约定了"……四冶公司承担共同还款责任及连带保证担保责任"。对此约定,法院的判决中认为:"作为债权人的平安银行广州分行有权选择请求四冶公司承担共同还款责任或者连带保证担保责任。"①允许当事人对构成连带责任保证或债务加入进行自由选择,主要是尊重当事人的意思自治。但是,债务加入人的责任重于保证,对债权人更为有利,故实践中债权人多会优先主张债务加入。当然,也可能存在债权人同时主张债务加入与(连带责任)保证的情形,此时,人民法院应在进行有必要的释明后,要求债权人作出选择;作为被告的债务加入人、连带责任保证人也有权要求债权人作出选择,以便于其决定如何进行答辩和行使相应的抗辩权。

还应提及的是,债务加入和保证均可以作为"再担保"措施使用,即债务加入人可以加入到保证债务之中,在保证人不能清偿债务时,债务加入人与其负连带清偿责任;第三人也可以对债务加入人的加入之债的履行承担保证责任,即在债务加入人不能清偿债务时由保证人负责清偿(一般保证),或者由连带责任保证人对加入之债的履行负连带清偿责任。

### (二)数个债务加入并存时应当区分其是否构成连带债务关系

此种情况下,数个债务加入人通常会与其他当事人约定其加入的债务份额,若未明确加入的债务份额的,应当认定为在债权人与债务人之间的债务范围内承担债务。《民法典》第552条采取了"……第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务"的表述,比较准确地涵盖了可能的情形。

债务加入人与债务人之间对债务的履行负连带责任,法律对此已有明文,自不待言。那么,在同一债务中存在数个债务加入人,各债务加入人之间如何承担债务?关键在于明确各债务加入人之间是否构成了连带债务关系。举例言之,甲欠乙500万元,丙加入原债务并承诺与甲对债务承担连带清偿责任;丁与债权人乙约定加入原债务,但仅承担200万元;戊事后又加入了乙与甲、丙之间的债务加入之债。这一案型中应区分两种情况来看:第一种情况,出现有"双重连带"关系,即债务加入人丙和戊之间构成连带关系,且其二者与原债务人甲之间也是连带债务关系,三者一并对乙负担连带清偿责任。第二种情况,债务加入人丁与丙、戊虽然均与债务人乙构成连带关系,但其三个债务加入人之间并不构成连带关系,各个债务加入之债应当分别实现,互相不产生连带债务所具有的涉他效力。

### (三)债务加入与物保并存时债权人原则上可任意选择权利的实现方式

同一债务,既有债务加入人加入债务的,也有其他的第三人提供的物的担保的,除非当事人之间 另有约定,债权人有权同时或择一主张债务加入之债和实现物的担保。在物的担保系由债务人本人 提供的情况下,除非另有约定,债权人亦应当先就该物的担保实现债权。此类情况,可以参照适用《民 法典》第392条关于人保与物保并存时的处理规则。

① 参见最高人民法院(2019)最高法民申5314号民事裁定书。

(四)债务加入与其他增信措施并存的可能情形及相关规则

第一,在一个债务中,可能会存在债务加入与其他人提供的差额补足、到期回购、流动性支持等增信措施并存的情形。此种情形下,债务加入和其他增信措施与债权人之间的关系客观上是并列的模式,类似于共同保证,故同样可参照适用《民法典》第699条的规定,即:除非有关协议中另有约定,债权人可以任意选择主张何种增信措施。不过,应注意的细节差异是,债务加入人承担的一定是连带债务,且债务数额通常是固定的;而其他几种增信措施中提供人与债务人之间未必具有连带责任关系,所涉及的债务数额也应视具体情况而定,并不十分确定。第二,债务加入等增信措施之间存在着交叉运用或作为"再担保"措施的可能。如第三方承诺提供差额补足、到期回购义务,再由债务加入人承诺对该差额补足或回购义务人义务之履行承担连带责任等。实践中诸如此类的交易设计还有很多,处理相关问题的基本精神,应是依据当事人的约定和"再担保"的规则。

# The Distinction Between Joint Assumption of Debt and Guarantee in the Civil Code and the Application of Its Rules

Liu Baoyu Liang Yuangao

(School of Juris Master, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, P.R.China; School of Civil and Commercial Economic Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, P.R.China)

Abstract: Joint assumption of debt, as a credit enhancement measure to expand the chances of repayment of creditor's rights, has the function of guarantee but is not a typical way of guarantee. The distinction between joint assumption of debt and guarantee should be given priority to the literal meaning of the wording, supplemented by factors such as the order of performance, the performance of the parties, and the relationship of interest. It should be presumed to be a guarantee rather than a joint assumption of debt when in doubt. The provisions of Article 552 of the Civil Code on the addition of debts are somewhat simple, and the specific application of the rules must be carried out in conjunction with the relevant provisions of guarantees and joint and several debts. The restrictions on the subject qualification of the guarantor in the Civil Code shall apply to the debtor, and the joint assumption of debt agreement shall meet the requirements of written form; the debtor shall enjoy the original debtor's right of defense against the creditor, the right of defense arising from joining the debt, the right of defense and other rights arising from the defects of the debt itself. However, some of the rules of guarantee cannot be applied in the joint assumption of debt, such as the guarantee period, the right of recovery from the debtor, the exemption of the guarantor's liability when the creditor waives the debtor's property guarantee, and the jurisdiction in litigation and the rules for confirming the status of the parties. In addition, credit enhancement measures have the possibility of coexistence and cross application, which can be dealt with by referring to the rules of joint guarantee or re-guarantee, such as joint assumption of debt and guarantees, property guarantees and balance supplements, maturity repurchases, liquidity support, etc.

**Keywords:** The Civil Code; Joint assumption of debt; Credit enhancement measures; Joint liability guarantee; Application by analogy

[责任编辑:林 舒]